

Senso incomum: As portarias, o mensalão e o “fator Carminha”

Spacca

Há muito venho denunciando que, nos últimos 24 anos, contados de 1988, ainda não desenvolvemos uma adequada teoria das fontes. Ao lado disso, também não desenvolvemos uma nova teoria da norma (não sabemos direito a diferença entre regra e princípio), uma nova teoria da interpretação (ainda não resolvemos os “dilemas do positivismo”, sendo que ainda há muita gente que pensa que “interpretação é um ato de vontade”, isso para dizer o mínimo), e, por último, falta-nos uma teoria da decisão, assunto sobre o qual venho me debruçando nos últimos anos.

Na verdade, falta-nos muito. Basta ver algumas das sustentações orais feitas no Supremo Tribunal no caso “mensalão” (ups, devo ser multado, pois usei de novo a palavra que querem proibir). Pensei que as sustentações orais trariam grandes teses, teorias aprofundadas...



Mas, parece que — por enquanto — a montanha está parindo um rato, na maioria dos casos. Até a novela das oito, da Globo, serve de fonte. Hum, hum. Deve ser o “fator Carminha” (que significa, mais ou menos, “defenda-se atacando”). Não falo do mérito de cada acusação que pesa sobre cada um dos réus; falo, sim, do conteúdo das sustentações. Quando se pensa que “agora o advogado apresentará a tese e a matriz teórica que a sustenta”, ele declama autores do senso comum teórico-dogmático (tenho ouvido cada citação...!). Uma forte “sacada” de um dos causídicos foi trazida do Direito norte-americano: uma juíza de lá teria dito que o parlamento faz as leis; a Suprema Corte as cumpre... Sofisticado. Muito. Por tudo isso, não é de admirar que não tenhamos elaborado nenhuma das teorias acima elencadas (fontes, norma, interpretação e decisão).

Mas, sigamos. O assunto de hoje ficará restrito à ausência de uma adequada teoria das fontes, embora o tema não escape às outras três dimensões. Isso aparece nas questões mais simples, como, por exemplo, a sobrevivência (recepção) de uma legislação atrasada e contrária a Constituição, valendo citar dos mais variados dispositivos dos principais códigos pátrios. O que quero dizer é que se fizéssemos efetivamente uma filtragem hermenêutico-constitucional no nosso ordenamento, milhares de dispositivos virariam pó. Não falo só dos atos normativos anteriores a Constituição; falo também de um conjunto de atos — milhares — posteriores à Constituição, absolutamente inconstitucionais, como, por exemplo, o cipoal de portarias, resoluções, decretos, etc., que nos atazanam a vida.

Alguns exemplos são contundentes. Cito o seguinte pelo seu aspecto simbólico. Falo do episódio que envolveu a aplicação, por centenas de juízes, de um dispositivo não votado, introduzido de forma não muito bem explicada no corpo da Lei 9.639/98 (parágrafo único do artigo 11). Nota: o “não muito bem explicado” é eufemismo meu. Sigo. Naquele ano (1998), o Congresso Nacional aprovou projeto do Poder Executivo concedendo anistia aos agentes públicos que retiveram contribuições previdenciárias dos segurados da Previdência Social. Tal matéria constou no artigo 11 do projeto. Mas o texto que foi à sanção presidencial levou o acréscimo do parágrafo único, estendendo a anistia aos sonegadores de tributos. O presidente da República sancionou a lei sem perceber a irregularidade. Constatado o



equivoco da sanção, o ato foi republicado no dia seguinte.

Pois bem: com base na “vigência”^[1] “por um dia” do parágrafo fantasma, começaram a ser concedidas anistias a todas as pessoas envolvidas nos crimes alcançados por esse “acréscimo”, sob fundamentos do tipo “em nome da segurança jurídica, o texto publicado, apesar de erro, existe e entrou em vigor”, etc., aduzindo-se ainda citações doutrinárias (*sic*) acerca da interpretação do artigo 1º, parágrafo 4º, da LICC...! Em face disso, o Ministério Público Federal teve que ingressar com milhares de recursos extraordinários, a ponto de o Supremo Tribunal Federal, ao indeferir o HC 7.7724-3, levar a matéria a plenário, declarando inconstitucional o referido dispositivo. No fundo, decidiu-se a coisa mais prosaica do mundo: a de que uma lei fantasma não pode gerar efeitos no mundo jurídico...! O inusitado da questão é que um grupo expressivo de juízes não conseguiu resolver o “problema gerado por uma lei fantasma”, tendo que ser chamada a Suprema Corte para solver o litígio, ficando patente a crise de baixa constitucionalidade, pela metafísica equiparação entre vigência e validade que serviu de base para as decisões que determinaram o arquivamento (*sic*) dos processos. “Puro” positivismo exegético em pleno século XX; afinal houve uma verdadeira recusa na realização do controle de constitucionalidade difuso! Placar: Dogmática do senso comum 10×0 Teoria das Fontes.

Mais antigo é o exemplo do conflito de dispositivos legais (Lei 8.069 v. Lei 8.072). Explicando: o artigo 263 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou um parágrafo único aos artigos 213 (estupro) e 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor), agravando a pena quando cometido o crime contra pessoa menor de 14 anos (a pena estabelecida foi de 4 a 10 anos). Entretanto, a Lei 8.072, do mesmo ano, que classificou os crimes hediondos, além de agravar a pena de estupro, criou uma causa de aumento de pena, aumentando-a da metade quando praticado o crime contra pessoa menor de 14 anos.

No caso em tela, criou-se, destarte, o seguinte impasse: na ocasião, o artigo 213, v.g, passou a estabelecer que quem praticasse estupro contra pessoa maior (*caput* do artigo), receberia uma pena de 6 a 10 anos; já no parágrafo único tinha-se que quem praticasse o crime contra pessoa menor de 14 anos, a pena seria menor, ou seja, de 4 a 10 anos. Duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais se formaram: uma defendendo a validade do parágrafo único, é dizer, admitiam que quem praticasse estupro contra criança poderia receber pena menor que quem estuprara uma pessoa adulta, e a outra defendendo a tese de que o citado parágrafo único era inadmissível. Na verdade, pouco importou — para uma determinada corrente doutrinária e jurisprudencial — a teratologia resultante do paradoxo que é a imposição de uma pena mais branda a quem estupra uma criança em comparação com aquele que estupra uma mulher adulta... O que importou foi fazer uma “boa hermenêutica”; o importante foi “resolver, com competência dogmática, ‘neutralmente’, as antinomias” do sistema...



E não se diga que a não aplicação da pena mais benigna feriria o princípio da reserva legal. Afinal, ao que sei, o princípio da reserva legal, antes de estar no Código Penal, está na Constituição. Enfim, tamanha foi a dimensão da crise, que o *establishment* jurídico-dogmático não conseguiu “resolver o problema” no plano da hermenêutica. Ou seja, o “sistema” teve que recorrer ao “legislador racional” que, mediante a edição da Lei Federal 9.291, de 4 de junho de 1996, revogou os parágrafos únicos em questão. Isto é, a comunidade jurídica não conseguiu resolver o problema. Porque interessava, apegou-se à concepção mais dogmática. Poderia ter feito melhor, pois não? Já em outras oportunidades, a mesma comunidade disse o contrário. Uma no cravo, outra na ferradura. Por exemplo, na hora de cumprir o artigo 212 do CPP, há juristas que dizem que onde está escrito que “o juiz não poderá...”, leia-se “o juiz poderá...” e sem qualquer alusão à jurisdição constitucional (sobre esse assunto, volto em breve).

Essa questão das fontes pode ser vista também no “poder de violência simbólica” das súmulas “comuns” e nas contemporâneas súmulas vinculantes. Há matérias sumuladas contrárias a lei e a Constituição. Quem não lembra da Súmula 2, do STJ, que praticamente acabou com o Habeas Data? A própria Súmula Vinculante 11 não obedeceu o seu próprio rito. A SV 5 contraria a Constituição. Antigamente, fez-se a Súmula 554, “alterando” o Código Penal. Furto e sonegação de tributos são tratados de forma absolutamente diferenciada; na verdade, para o legislador e também para o Poder Judiciário e o Ministério Público, é mais grave furtar do que sonegar, como se não existisse Constituição e tampouco a obrigação de se aplicar o direito de forma isonômica. E mais não é preciso dizer, neste momento. Imaginemos o número de atos normativos (que não tem o *status* de lei ou súmula) que contrariam a Constituição?

A dramaticidade da ausência de uma teoria das fontes aparece mais fortemente no plano da legislação de “quarta divisão”, como é o caso das portarias, resoluções, etc. Os juristas brasileiros parecem ter uma paixão pela legislação “baixo clero”, como portarias, resoluções e instruções normativas. Recentemente, denunciei, aqui na **ConJur**, a edição impune da Portaria 75, do Ministério da Fazenda, que determinou *I — a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II — o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)*. País rico é outra coisa. Com 10 devedores já daria para comprar algumas macas para os hospitais públicos, onde os *patuleus* — que pagam seus impostos — tomam soro em pé. Inacreditável. Tão inconstitucional é a portaria que o motorista do STF assim a declararia (tenho convicção disso!). Mas, até agora, nada. Bom, para um país que já aplicou “uma lei fantasma” (Lei 9.639), melhor é chamar o velho Barão do Itararé.

Pois a **ConJur** publicou na edição do dia 4 de agosto de 2012 ([ver aqui](#)) uma notícia que desnuda essa problemática tratada nesta Coluna. Diz a notícia que juízes e desembargadores do Trabalho não podem mais usar regra administrativa para arquivar processos de execução fiscal. Isso porque os magistrados vinham aplicando a Portaria 815/2011 do Ministério da Fazenda para não julgar casos cujo valor é inferior a R\$ 10 mil. De acordo com [decisão](#) do corregedor-geral do Trabalho, ministro Barros Levenhagen, a regra só se aplica aos membros da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a PGFN.

Bingo! Absolutamente correta a decisão do corregedor-geral. Desde quando uma portaria tem esse “poder normativo”? Trata-se de um escândalo hermenêutico. Todos os dias o Brasil é tomado por portarias, resoluções, sinais de fumaça, éditos reais, instruções de mandalete de tudo o que é tipo, com



“força normativa” maior que as leis e maior do que a força da Constituição.

Há milhares de portarias desse quilate, emanadas de Ministérios e repartições de toda a ordem. E o engraçado é que o funcionalismo público segue cegamente o seu conteúdo (principalmente quando lhe interessa). No Ministério da Educação ficam discutindo “pareceres normativos”. E por aí afora. E o engraçado é que surgem várias “teorias” sobre a “literalidade das portarias, resoluções e pareceres”. Além disso, há pareceres sobre o conteúdo de pareceres, pareceres sobre o sentido de dispositivos de portarias. O que a autoridade teria querido dizer? Qual é o “espírito” do parecer normativo X? Ora, bolas!

E ficamos fazendo dissertações e teses sobre Direito Constitucional, força normativa da Constituição, etc. Os alunos invocam Konrad Hesse, Canotilho, Hassemer, Ferrajoli. Com veemência. Ora, qualquer burocrata tem mais poder que o Congresso Nacional. Qualquer burocrata de *terrae brasilis* “sabe — e pode — mais” que o Supremo Tribunal Federal. Sua palavra é final. Definitiva. Ou seja, estamos diante de uma grande fancaria. O guarda da esquina tem fé pública para multar (quem controlará o guarda?). O recurso aos órgãos administrativos são “decididos” em uma ou duas linhas, por carimbo. Uma portaria do INSS vale mais do que todo o capítulo de Direito Previdenciário da Constituição. Por essa e por outras, a solução parece mesmo é estocar comida e construir um bunker. Antes que façam uma portaria regulando a “estocagem de comida e dando outras providências” e instruções normativas acerca de como se “deve construir bunkers”, revogando as disposições em contrário. Pois é. Mas o legislador não se ajuda muito. A própria Constituição diz que são bens da União aqueles que lhe pertencem e aqueles que venham a lhe pertencer... O Código de Águas estabelece que águas subterrâneas são as que correm por debaixo da terra... (talvez por isso a dogmática jurídica pense que tudo é tão “simples”, ao dizer, por exemplo, que, na legítima defesa, “agressão atual é aquela que está acontecendo e iminente é aquela que está prestes a acontecer” e que “escalada é subir em algo”). No Rio Grande do Sul, há uma lei que estabelece as diretrizes para assar churrasco, dando, além disso, outras providências. Fico imaginando um “churrasco ilegal”... O próprio Congresso Nacional coloca o seu Regimento Interno acima da Constituição. Em vários casos. Veja-se a questão da discussão “sessões-votações secretas”. E o STF diz que é matéria *interna corporis*. Ótimo. Poderíamos dizer, então, que, se no Regimento Interno da Câmara dos Deputados fosse colocada uma regra estabelecendo o chicoteamento dos deputados que permitirem que alguma assessora coloque filmes eróticos na rede, esse dispositivo seria válido? Os deputados que não permitem esses atos de sua assessoria já podem encomendar a construção de um pelourinho?

Por tudo isso e no meio de tudo isso, com esse cipoal de atos normativos e com tantos órgãos fiscalizadores-repressores-controladores (PF, CGU, TCU, TCE, TCM, BC, mais de 10 Procuradorias Federais, MPF, MPE, etc), ainda assim acontece o escândalo do “inominável”. E o engraçado é que, nas suas defesas, todos esgrimam esse cipoal a seu favor. Ou se chama à colação o “efeito Carminha”. O cipoal que (n)os pega é o cipoal que (n)os salva. Claro: como ninguém se entende nesse país, por caminhos tortos, por vezes se acerta o rumo. Ou se erra...

[1] Quando é que vamos nos convencer que vigência não é igual à validade?

Date Created

09/08/2012